



Newsletter n. 8 del 14 marzo 2024

*Newsletter redatta dall'Avv. Enrico Pintus, avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica. Svolge attività di formazione e assistenza sia consulenziale che giudiziale, in favore di privati e numerosi Enti pubblici sia in materia di diritto amministrativo che con particolare riferimento al tema di appalti pubblici.
La newsletter è redatta nell'ambito del servizio "Help@ppalti", di Anci Sardegna.*

APPALTO INTEGRATO. CRITERI DEL GRUPPO DI LAVORO

Interessante la questione che si legge in **TAR Palermo 703/2024**.

Nella gara per l'affidamento di un appalto integrato è legittima la clausola del Disciplinare di gara con cui si richiede ai concorrenti di possedere una struttura operativa minima per lo svolgimento dell'attività di progettazione, indicando nel contempo gli schemi organizzativi e contrattuali in cui devono essere inquadrati i rapporti con il progettista. Una clausola di questo tenore non può essere considerata irragionevolmente limitativa della concorrenza, né si può sostenere che la stessa introduca una causa di esclusione dalle gare ulteriore rispetto a quelle previste dal D.lg. 36/2023, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'articolo 10, e debba quindi essere ritenuta nulla.

Nello specifico la SA chiedeva che i concorrenti dovessero dimostrare di avere una struttura operativa minima dedicata alla progettazione, indicando anche tre diverse modalità – le uniche consentite - attraverso cui doveva strutturarsi il rapporto tra concorrente e progettista. Le tre modalità erano così individuate: a) rapporto di lavoro subordinato, cioè il progettista doveva essere un dipendente del concorrente; b) raggruppamento temporaneo tra concorrente e progettista, in cui il progettista assume il ruolo di mandante; c) rapporto di lavoro parasubordinato, cioè il progettista ha un rapporto di consulenza/collaborazione con il concorrente, di carattere continuativo e su base annua.

APPALTI. INCREMENTO DEL QUINTO EX ART.61 REG. 2010. SI APPLICA SOLO AI LAVORI.

La V[^] sezione del **Consiglio di Stato (sent. 1496 del 2024)** ha fatto alcune interessanti



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

ASSESSORADU DE SOS ENTES LOCALES, FINÀNTZIAS E URBANÌSTICA
ASSESSORATO DEGLI ENTI LOCALI, FINANZE E URBANISTICA

Segreteria Organizzativa
Viale Trieste 6 - 09123 Cagliari
070 6670115 - 070 3481015
helpappalti@ancisardegna.it





precisazioni circa l'ambito di applicazione della norma in epigrafe. In quella occasione un OE aveva sfruttato tale disposizione per poter partecipare a una gara di project financing in cui erano previsti lavori e progettazione. A differenza del Tar, che aveva ritenuto l'incremento applicabile anche ai "servizi", i Giudici di Appello rispondono con queste considerazioni *«Tale interpretazione è però contraddetta dal dato testuale della norma, che riferisce la possibilità dell'incremento del quinto solamente ai lavori e non anche a servizi e forniture («La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto»): in questi termini, la diversa disciplina tra lavori e servizi (nella specie, di progettazione) trova conferma proprio nella diversa formulazione della disposizione regolamentare, laddove se nel primo comma (che detta la regola della qualificazione in base alla classifica effettivamente posseduta) viene espressamente prevista la "progettazione" («Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4»), nel secondo (che prevede invece l'incremento convenzionale della classifica) significativamente la stessa non viene più menzionata (facendosi riferimento espresso ai soli lavori).*

In sintesi, è proprio l'interpretazione sistematica dei due commi a dimostrare che l'incremento convenzionale trova applicazione solo per i lavori e non anche per la progettazione, in quanto – una volta fissata dal legislatore la regola generale (nel primo comma) della qualificazione in base alla (esatta) classifica posseduta, la previsione di un regime derogatorio nel secondo – id est, l'incremento automatico del 20% – non può che riferirsi, in ragione del suo carattere eccezionale, ai soli casi ivi espressamente contemplati, ossia i "lavori".

Inoltre, la previsione in commento si riferisce testualmente alla qualificazione "in una categoria", e le categorie sono quelle di cui all'allegato A, ossia le OG e le OS, che si riferiscono ai soli lavori. Invero, dall'eccezionalità del regime derogatorio necessariamente discende che, ove il legislatore avesse inteso estendere l'incremento convenzionale anche ai servizi di progettazione, avrebbe dovuto prevederlo espressamente. Né tale differenza di regime può dirsi, all'evidenza, immotivata o abnorme, ben potendosi spiegare con la maggior tecnicità e specializzazione dei secondi, che per loro natura presuppongono precisi riscontri di carattere professionale, in sé non coerenti con automatismi quali quello dell'incremento di cui trattasi.





Il carattere escludente della censura è assorbente degli ulteriori».

APPALTI. GARANZIA FIDEIUSSORIA

<< Come è stato affermato in giurisprudenza, la fideiussione produce l'effetto di obbligare il garante nei confronti del soggetto a cui favore è prestata la garanzia anche a prescindere dalla sottoscrizione del debitore garantito (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, sent. 26 ottobre 2009, n. 1744), posto che, come previsto dall'art.1936, secondo comma, c.c., il debitore potrebbe persino non avere conoscenza della fideiussione, che risulterebbe comunque efficace.

Inoltre, nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato precisato che la fideiussione imposta agli operatori economici in sede di gara rappresenta una obbligazione di garanzia di fonte legale che «sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'art. 1333 cod. civ.» (Consiglio di Stato, ad. plen., sent. 26 aprile 2022 n. 7/2022).

Pertanto, la polizza dimessa dall'aggiudicataria e risultata sottoscritta solo dal garante risultava idonea a soddisfare quanto richiesto sia dal bando di gara che dalla normativa in materia di contratti pubblici, attesa la sostanziale identità di dettato e di ratio fra l'art. 106 d.lgs. n. 36 del 2023 e l'art. 93 d.lgs. n. 50 del 2016 oggetto del riferito arresto dell'adunanza plenaria. Risulta quindi irrilevante la circostanza che la polizza recante la sottoscrizione anche dell'aggiudicataria sia stata dimessa solo successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in quanto nel rispetto di detto termine risultava prodotta la polizza sottoscritta dal garante, pienamente valida per quanto esposto>>.

In questi termini TAR Calabria, 124 del 2024.

APPALTI. INDAGINE DI MERCATO. MANCATO INVITO “SANZIONATORIO”

È singolare la fattispecie trattata dal **TAR Calabria nella sentenza n.122 del 2024**: un operatore partecipa a una indagine di mercato ma poi la cosa non va avanti perché lo stesso operatore ha approfittato per chiedere alla s.a. il pagamento di somme connesse a una vecchia procedura.

Questi i passaggi più rilevanti:

«Se è vero che siffatta indagine di mercato, svolta secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, per come espressamente previsto dall'art. 2 dell'allegato II al D.lgs. n. 36/2023 (cd. Codice Appalti) «non ingenera negli operatori





alcun affidamento sul successivo invito alla procedura», è, nel contempo, altrettanto vero che, ai sensi dell'art. 48 dello stesso D.lgs. n. 36/2023, l'affidamento dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, quale quello in esame, si svolgono, pur sempre, «nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II».

11. Tanto premesso, è indubbio che, una volta avviata una indagine di mercato, il Comune di Bagnara non avrebbe legittimamente potuto pretermettere l'unica offerta proposta dalla ricorrente sulla scorta dell'esclusiva considerazione che quest'ultima aveva richiesto - come era suo diritto - il pagamento del corrispettivo di lavori commissionati, in passato, dalla stessa amministrazione, senza che questa ne avesse mai contestato il corretto svolgimento.

Ed invero, siffatta pretesa giustificazione, lungi dal tradursi in una valutazione di eventuale inidoneità tecnico-professionale della società ricorrente ad eseguire i lavori di manutenzione oggetto di affidamento, si sostanzia, a ben vedere, in un'inaccettabile "sanzione" espulsiva correlata all'esercizio di un diritto di credito non contestato ed addirittura riconosciuto dallo stesso Comune di Bagnara (il quale, nelle more del giudizio, ha addirittura invitato la ricorrente a soprassedere dalla prosecuzione della cd. mediazione, avendo all'uopo avviato il procedimento del riconoscimento del corrispondente debito fuori bilancio).

La contestata pretermissione della società istante dall'indagine di mercato, nei termini in cui è stata motivata, viola dunque pesantemente i "principi generali" di cui al Libro I, parte I del Codice, comunque applicabili anche nella fattispecie in esame, tra cui quelli di reciproca buona fede e tutela dell'affidamento (art. 5), del favor participationis e di par condicio tra i partecipanti (art. 10) nonché gli stessi principi della fiducia e del risultato, declinati nel principio di un'azione amministrativa trasparente e corretta, di cui agli artt. 1 e 2 del predetto Codice, a torto invocati a sostegno dell'agere pubblico (cfr. giurisprudenza formatasi in vigenza del precedente Codice Appalti, tra cui T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 01/09/2020, n. 3709)».

APPALTI. CUMULO ALLA RINFUSA. IL PUNTO DI VISTA DEL TAR SARDEGNA

In allegato una recentissima sentenza del TAR Sardegna che chiarisce il suo pensiero sulla specifica tematica (ALL_1)





ISCRIZIONE CAMERA DI COMMERCIO. FUNZIONE. EFFETTI IN SEDE DI GARA

In allegato una sentenza del Tar Lazio (3807/2024) che è utile per fare il punto sulla finalità cui tende l'iscrizione e i suoi effetti in punto di esclusione, o meno, dalla gara (ALL_2).

AFFIDAMENTI DIRETTI E FORMA CONTRATTUALE

In allegato parere 2341 del MIT: nessuno spazio per la forma pubblica amministrativa (ALL_3).

Altri argomenti di interesse per gli Enti Locali

ORDINANZA DI DEMOLIZIONE. ATTO (QUASI) INATTACABILE

Il **Consiglio di Stato (825 del 2024)** smonta le classiche ragioni di impugnazione contro questo genere di provvedimento comunale. Segnalo, sulla stessa linea anche **TAR Sardegna n.85 del 2024**

Per prima cosa: l'ordinanza di demolizione di manufatti abusivi «non richiede una specifica motivazione sulla ricorrenza del concreto interesse pubblico alla loro rimozione, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato già compiuta, a monte, dal legislatore». Si tratta, infatti, di un «atto vincolato e non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione».

Ancora. Neanche il passaggio del tempo toglie nulla al potere del comune, escludendo «un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi».

Infine. «L'attività di repressione degli abusi edilizi mediante l'ordinanza di demolizione - si ricorda -, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990».

Insomma, nella maggior parte dei casi l'impugnazione di una (ben fatta) ordinanza di demolizione ha il solo scopo di guadagnare tempo.





BENI PUBBLICI IN CONCESSIONE. IMPIGNORABILITA'

Segnalo una interessante sentenza della **Corte di cassazione (3897 2024)**.

Il Comune di Cattolica dava in concessione la realizzazione di un opera pubblica, assegnando al concessionario il diritto di superficie sul bene una volta realizzato (diritto connesso, ovviamente, alla stessa gestione del bene).

A seguito di inadempimento del concessionario, il comune chiede l'estinzione del diritto di superficie. Chiede anche che venga cancellata una ipoteca che il concessionario aveva acceso a beneficio di una banca che gli aveva prestato dei denari. Si arriva in Cassazione perché il tribunale e la corte d'appello avevano negato tale ultima richiesta, ritenendo il bene ipotecabile e tale ipoteca opponibile al comune che nel frattempo aveva ripreso il bene.

La Cassazione la pensa diversamente: il bene frutto della concessione ne assorbe in toto la funzionalità pubblica, divenendo così un bene del patrimonio indisponibile. Come tale non è pignorabile, perché ne perderebbe la destinazione pubblica. Siccome è impignorabile è anche non ipotecabile. Risultato: il bene resta nella libera disponibilità del Comune e la banca dovrà trovare altra garanzia per il suo credito.

ORDINANZA DI DEMOLIZIONE E CONFLITTO DI INTERESSI

Il Tar Latina ha annullato l'ordinanza di demolizione firmata dal geometra responsabile dell'ufficio tecnico di un piccolo comune laziale dopo aver accertato che quest'ultimo era in aperto conflitto con i destinatari dell'ordinanza stessa. Nello specifico il TAR ha ritenuto dirimente la circostanza che alcuni stretti congiunti del geometra firmatario dell'ordinanza (la suocera e la moglie) sono «da anni in aperto dissidio con i destinatari del medesimo ordine, per ragioni inerenti il diritto di proprietà degli immobili confinanti, interessati dal provvedimento repressivo degli abusi edilizi, in relazione alla linea di confine dei rispettivi fondi». Tanto è bastato ai giudici per annullare l'atto, richiamando le norme violate dell'articolo 6-bis della legge n.241/90 e dell'articolo 7 del Dpr 16 aprile 2013, n.62.

TAR Latina sent.125/2024

